LA FORCE NORMATIVE

Naissance d'un concept

Catherine THIBIERGE *et alii*

L.G.D.J
lextenso éditions

BRUYLANT

De la force symbolique du droit

Pierre NOREAU[1]
Professeur à la faculté de droit de l'université de Montréal
Centre de recherche en droit public

Sur le plan de la théorie du droit positif, la force du droit est essentiellement rattachée à l'idée de la contrainte. Pourtant, sur le plan empirique, le droit trouve plus souvent sa force dans sa capacité à susciter un certain sentiment d'obligation. Cette perspective ouvre la porte à toute une série de considérations et de constats sur la force symbolique du droit. Elle renvoie non seulement à la légitimité d'un pouvoir coercitif auquel réfère le positivisme des modernes, mais également à la légitimité de la normativité juridique elle-même. Cette légitimité tient non seulement à la valeur éthique reconnue de ses contenus (encore qu'elle puisse en constituer une des sources), mais également à sa force obligatoire en tant qu'elle est admise, au-delà même de la valeur intrinsèque et des orientations auxquelles elle réfère ou sur lesquelles elle s'appuie. C'est la condition d'un « ordre juridique » ou d'une régulation sociale qui ne s'imposeraient pas continûment par la contrainte.

La question de la force symbolique du droit est un point aveugle de l'univers juridique. Une rapide exploration des banques bibliographiques disponibles en français et en anglais dans le domaine du droit renvoie à un nombre extrêmement négligeable de références — généralement péjoratives — aux effets « symboliques » de la normativité juridique. Dans une perspective alimentée par le positivisme juridique, la force du droit est au contraire associée à l'idée de contrainte. Pour Hans Kelsen, l'ordre constitutionnel est compris comme la définition des conditions qui permettent l'imposition, par certains hommes, d'une contrainte sur d'autres hommes. Droit et contrainte sont ainsi, par essence, liés l'un à l'autre.

1. L'auteur tient d'abord à remercier Madame Alexandra PASCA, étudiante en droit à la Faculté de droit de l'université de Montréal, pour l'excellent travail bibliographique qu'elle a réalisé pour la préparation de ce texte.

« La définition du droit supposée avec la norme fondamentale a pour conséquence qu'une conduite ne peut être considérée comme juridiquement ordonnée, ou, ce qui revient au même, comme contenu d'une obligation juridique, que si la conduite contraire est prévue comme condition d'un acte de contrainte dirigé contre le sujet qui l'a adopté (ou de proches de celui-ci) »[2].

En tant que prescription (*Sollen*), la force du droit tient ainsi au caractère impératif qui y est associé et cette contrainte est négative, dans la mesure où elle a vocation à s'exercer « contre le sujet ». Les énoncés à valeur déclaratoire ou fondant une simple habilitation n'ont, dans cette perspective, aucune portée normative autonome et ne trouvent partant leur véritable signification juridique que dans leur rapport à d'autres énoncés assortis, eux, de contraintes[3]. Pour Kelsen, comme pour Austin avant lui, c'est l'imposition possible d'une sanction et plus particulièrement encore l'usage autorisé de la violence physique qui fondent le caractère prescriptif de la norme. Le propre de la collectivité juridique réside dans ce que la contrainte y est érigée en monopole[4]. En contexte occidental, Kelsen renvoie évidemment ici à l'État, c'est-à-dire, dans les termes de Weber, à cette communauté revendiquant avec succès le « monopole de la violence physique légitime »[5].

Il s'agit d'une perspective dont les théoriciens du positivisme juridique mesureront rapidement les limites. Après tout, Kelsen lui-même reconnaît que tout ordre juridique doit être minimalement respecté, c'est-à-dire implicitement considéré comme légitime. Herbert Hart, au-delà de la distinction qu'il propose entre règles primaires et règles secondaires, fait largement la démonstration qu'un commandement assorti d'une contrainte relève d'une nature très différente selon qu'il est imposé par une force brute et immédiate ou par une autorité à laquelle on a l'habitude d'obéir. Cette distinction fonde, pour Hart, un des premiers critères de la « présence du droit ». Sur le plan de sa signification sociale, le droit trouve d'abord sa juridicité dans la différence entre deux formes de la contrainte : *être obligé* et *avoir l'obligation*. C'est cette seconde acception qui permet de déceler la « présence du droit »[6]. Elle suppose une certaine permanence de l'entité « dont les ordres sont habituellement obéis »[7]. Le caractère obligatoire d'une prescription tient ainsi, d'abord, à la nature de sa source : le souverain ou le législateur suprême. Un ordre peut, dans ce contexte, être considéré comme valide dans la mesure où il est issu d'une autorité reconnue. Dans cette perspective, une confusion se trouve cependant encore

---

2. H. KELSEN, *Théorie pure du droit* (trad. française C. EISENMANN), Paris, Dalloz, 1962, p. 68.
3. *Ibid.*, p. 69.
4. *Ibid.*, p. 51.
5. M. WEBER, *La profession et la vocation de savant : la profession et la vocation de politique* (préface, traduction et notes de Catherine COLLIOT-THÉLÈNE), Paris, La Découverte, 2003, 206 pages.
6. H. L.A. HART, *Le concept de droit* (traduit de l'anglais par M. VAN DE KERCHOVE, et coll.), Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, p. 36-41.
7. *Ibid.*, p. 71.

entretenue entre se soumettre à une autorité et se soumettre à une règle[8]. C'est sur cette seconde perspective que Hart se propose de fonder le critère de la présence du droit. Hart renvoie ici à « l'aspect interne des règles » et propose de fonder cette spécificité du droit sur une distinction devenue classique entre *habitude* et *sentiment d'obligation*. C'est dans cette seconde perspective que le droit trouve réellement sa normativité. Contrairement à « l'habitude » qui renvoie à la récurrence observable d'un comportement particulier — et peut faire l'objet d'une transgression sans conséquence personnelle ou sociale importante — la force normative de la règle réside dans ce qu'elle sert, tant sur le plan relationnel que sur le plan personnel, à l'évaluation de la valeur d'un comportement en rapport à un standard particulier : *il faut*, *il devrait*, *c'est bien*, *c'est mal*[9].

Cette perspective ouvre la porte à toute une série de considérations et de constats sur la force symbolique du droit. Elle suppose déjà le recours à une perspective plus sociologique du phénomène. Ainsi, il n'y a rien de si étonnant à constater que Hart lui-même présente sa contribution à la théorie du droit comme « un essai en sociologie descriptive »[10]. La force symbolique du droit renvoie non seulement ici à la légitimité d'un pouvoir coercitif, mais également à la légitimité de la normativité juridique elle-même. Cette légitimité ne tient pas seulement à la valeur éthique reconnue de ses contenus (encore qu'elle puisse en constituer une des sources), mais à sa force obligatoire en tant qu'elle est admise, et ce au-delà même des orientations « en valeur » auxquelles elle renvoie ou sur lesquelles elle s'appuie. C'est la condition d'un « ordre juridique » ou d'une régulation sociale qui ne s'imposeraient pas continûment par la contrainte[11].

• Force symbolique : une perspective étendue

L'idée même de force symbolique du droit renvoie directement aux représentations entretenues par les « sujets de droit ». Dans ce sens, elle suppose presque inévitablement un détour du côté des sciences sociales ou des sciences cognitives. Elle est directement ou indirectement abordée dans les études menées sur la conscience du droit, sur l'appropriation sociale de la normativité juridique ou sur les stades du développement moral chez l'individu. L'idée qu'on s'en fait varie d'ailleurs en fonction de l'évolution des paradigmes qui traversent les sciences humaines et sociales. Selon qu'on s'y inspire de perspectives sociodéterministes ou constructivistes, la notion de force symbolique du droit renvoie soit à l'idée d'un système de contraintes intériorisées, soit à celle d'une constante redéfinition des conditions de légitimation de la référence juri-

8. *Ibid.*, p. 72.
9. *Ibid.*, p. 79.
10. *Ibid.*, p. 10.
11. C'est la condition du passage du pouvoir à la domination, à laquelle réfère Max Weber, passage qui passe par la légitimation du pouvoir par le droit. Voir G. ROCHER, « Droit, pouvoir et domination », dans G. ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 248-251.

dique[12]. Dans tous les cas cependant, on réfère au monde des perceptions, que celles-ci fondent un système de sens[13], un ordre symbolique ou une certaine vision du monde (*Weltanschauung*).

Dans la perspective empruntée ici, l'idée de force symbolique du droit possède un sens inverse à celui qu'on lui prête dans le langage courant. Ainsi, affirmer qu'une norme ne possède qu'une force « symbolique » signifie généralement qu'elle est inefficace ou sans effet réel. Dans une perspective plus large, la notion de « force symbolique » renvoie plutôt à cette idée que le monde social, au-delà de sa réalité structurelle, est un monde de signification. Il s'ensuit que la réalité symbolique est un fait social comme un autre; que le monde des perceptions est une dimension fondatrice de toute relation sociale[14]. Il faut saisir ce que cette perspective comporte de conséquences. À tout prendre, au-delà du rationalisme abstrait auquel renvoie toujours implicitement le positivisme moderne, le droit est ici abordé comme phénomène culturel, une perspective qu'on trouve déjà illustrée dans le Montesquieu de *De l'esprit des lois* et que l'anthropologie juridique est largement parvenue à illustrer depuis[15].

Il ne s'ensuit pas que la notion de force symbolique du droit soit univoque. Un rapide survol de la littérature sur la question révèle au contraire la diversité des perspectives explorant l'idée de force symbolique du droit et, partant, la diversité des rapports au droit en tant que forme de communication ou vecteur de sens. On renvoie rapidement ici à la force idéologique associée à la normativité juridique, à la force du droit en tant que source de légitimation publique, à l'usage qu'en fait l'État, à la réception de la norme juridique par les sujets de droit et aux usages sociopolitiques de la forme juridique.

• Le droit comme expression idéalisée d'un ordre nécessaire et désirable

La première expression de la force symbolique du droit réside dans le recours au droit en tant que métaphore sociale. C'est là la grande intuition du réaliste américain, Thurman Arnold, qui présente le droit comme l'expression

---

12. G. ROCHER, « Le droit et la sociologie du droit chez Talcott Parsons », dans *Sociologie et sociétés*, vol. 21, n° 1, 1989, p. 179.

13. Cotterrell parle de « System of Ideas ». Voir R. COTTERRELL, *Law's Community*, Oxford, Clarendon Press 1995, p. 7.

14. M. NEVES, « La force symbolique des droits de l'homme », dans *Droit et société*, n° 58, 2004, p. 599-632.

15. N. ROULAND, *Aux confins du droit : anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Odile Jacob, 1991, 318 pages et M. GARCIA-VILLEGAS, « Symbolic Power Symbolic Violence? Critical Comments on Legal Consciousness Studies in USA », dans *Droit et société*, n° 53, 2003, p. 137-163. Paradoxalement, cette idée est indirectement reprise par la *Théorie délibérative de la démocratie*, qui postule la possibilité d'une définition négociée des conditions de vie en commun, c'est-à-dire de la construction des normes dans le cadre d'une délibération transparente et fondatrice d'une forme de communauté de destin aux paramètres négociés où se trouvent établis à la fois le cadre et la signification du monde social.

d'un idéal (d'un imaginaire), sinon d'un devoir-être collectif[16]. Cet idéal vise moins à guider qu'à conforter les membres de chaque société sur l'image positive qu'ils entretiennent de leur communauté de destin (*beautiful dream*). C'est le droit comme réserve de symboles valorisés : *great reservoir of emotionally important social symbols*. S'y trouvent affirmés les grands principes moraux du monde moderne : l'égalité juridique des sujets de droit, le châtiment des comportements fautifs, la protection des libertés individuelles vis-à-vis des pouvoirs publics, la rationalisation d'un monde irrationnel, etc.[17].

La métaphore d'un monde unifié par le droit trouve déjà des racines dans le libéralisme classique : l'idée de contrat social, celle du droit en tant qu'expression de la volonté générale ou de l'intérêt général[18]. Le droit sert ici de support à une forme de symbolisation du monde[19]. Georges Gurvitch propose de même de voir dans le droit « un essai de réaliser, dans un cadre social donné, la justice (c'est-à-dire une réconciliation préalable et essentiellement variable des œuvres de civilisation en contradiction) par l'imposition d'enchaînements multilatéraux entre prétentions et devoirs, dont la validité dérive des faits normatifs, qui portent en eux la garantie de l'efficacité des conduites correspondantes »[20]. C'est cette définition d'un monde unifié qu'on rencontre également dans l'œuvre de Talcott Parsons. Le structuro-fonctionnalisme conceptualise en effet le droit comme système d'intégration sociale, et la collectivité comme communauté morale[21]. Or il s'agit d'une perspective explorée avant lui par Émile Durkheim, qui définissait le droit comme l'expression d'un ordre moral sous-jacent, nécessaire à l'intégration sociale[22].

---

16. T. W. ARNOLD, « Law as Symbolism », dans V. AUBERT, *Sociology of Law*, Baltimore (Maryland), Penguin Books, 1969, p. 46-51.

17. Le droit, indique ailleurs Guy Rocher, y trouve sa signification symbolique en tant que garant des idéaux de justice, d'égalité, de rationalité et d'ordre. G. ROCHER, « L'emprise croissante du droit », dans *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Éditions Thémis, 1996, p. 43.

18. Sur le plan des référents, rappelle Alain Supiot, c'est cet idéal qui traverse la définition du droit comme système de sens, notamment en tant qu'expression de la justice. A. SUPIOT, *Homo juridicus : essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Le Seuil, 2005, 333 pages. En référence à cet ouvrage, lire É. GAGNON, « Sur la fonction anthropologique du droit », dans *Anthropologie et sociétés*, vol. 30, n° 1, 2006, p. 221-232.

19. *Ibid.* Dans une tout autre perspective, c'est l'idée qu'on retrouve également dans la notion d'*ordre symbolique*, inspirée de l'œuvre de Pierre Legendre. La fonction castratrice du droit et la structuration symbolique des sujets s'y trouvent présentées comme la condition nécessaire à l'institution du social. Voir à ce propos I. THÉRY, « Le contrat d'union civile en question », dans *Esprit*, n° 236, octobre 1997, p. 159-211 et le commentaire de M. IACUB, « Le couple homosexuel, le droit et l'ordre symbolique », dans *Le banquet*, n° 12, 1998, p. 111-125.

20. G. GURVITCH, « Problèmes de sociologie du droit », dans G. GURVITCH, *Traité de sociologie* (tome 2), Paris, PUF, 1963, p. 189.

21. G. ROCHER, 1989, *op. cit.* et 1996, *op. cit.*

22. Les premiers travaux de Durkheim visent en effet à répondre à l'inquiétude morale que fait naître une société structurée autour d'une plus grande spécialisation de l'activité sociale et, plus particulièrement, sur la perte de référents moraux communs tels qu'on les rencontre au sein de sociétés fondées sur une solidarité de type mécanique, c'est-à-dire sur la

Cette conception du droit suggère une forme d'équivalence entre les contenus de la normativité juridique et les valeurs socialement partagées. Elle suppose du moins que chaque conception particulière du droit trouve appui sur un certain nombre de référents moraux communs. Le droit trouverait dans cette équation la source de sa force symbolique. La réédition continue d'un tel consensus ne peut cependant trouver une expression concrète que dans une forme continue de ritualisation institutionnelle[23]. Arnold parle ainsi de conduite symbolique (*symbolic conduct*). C'est dans cette perspective qu'a été mené l'essentiel des travaux sur la ritualité judiciaire[24]. L'autorité du droit s'y trouve symbolisée à la fois sur le plan matériel (la robe du magistrat[25] ou l'architecture des Palais de justice[26]) et sur le plan de l'action (le rituel judiciaire[27]). Une lecture équivalente pourrait être faite de la force symbolique que tire le droit de la formalisation des modalités d'adoption des lois[28]. Le droit y incarne dans tous les cas l'expression sublimée et sacralisée d'un consensus, d'un ordre nécessaire sinon d'un ordre désirable[29].

- **Le droit comme idéologie et relais de la violence symbolique**

On comprend immédiatement la force symbolique que tire le droit de cette idée — sinon de cet idéal – voulant qu'il incarne ou rende possible une forme d'unité sociale; qu'il est le siège d'une pacification des rapports sociaux; que l'ordre juridique est une expression symbolique de l'ordre social. Au sein d'un ordre juridique donné, le droit sert de relais aux idéologies partagées. Dans une tout autre perspective, le droit peut cependant aussi être considéré comme l'expression « des valeurs et des idéologies de la classe dominante »[30]. Sa fonction

---

ressemblance des attitudes et des comportements. É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, Presses universitaire de France (« Bibliothèque de philosophie contemporaine »), 1967, 416 pages.

23. ARNOLD, *op. cit.*, p. 48-51.

24. A. GARAPON, *Bien juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 1997, 355 pages et ARNOLD, *op. cit.*

25. A. GARAPON, *L'âne portant des reliques. Essai sur le rituel judiciaire*, Paris, Centurion, 1985, 211 pages.

26. Association française pour l'histoire de la justice, *La justice en ses temples : regards sur l'architecture judiciaire en France*, Paris, Errance, 1992, 323 pages.

27. N. W. VERMEYS, « Ritual, Symbolism and... Cyberjustice? A Reflection on How Ritualistic Practices seem to Hinder the Integration of Technology into the Legal Process », (2008) *AIJA Law & Technology Conference*, <http://www.aija.org.au/Law&Tech%2008/papers/Vermeys.pdf> (site consulté le 9 décembre 2008). Lire également C. GAUVARD et R. JACOB (dir.), *Les rites de la justice. Gestes et rituels judiciaires au Moyen Âge occidental*, Paris, Cahiers du Léopard d'or, 2000, 239 pages.

28. La question de savoir si ces pratiques ritualisées constituent des expressions particulières des idéaux de justice et d'ordre qu'incarne le droit ou si elles visent plus directement encore à créer cette idée d'ordre et de justice reste évidemment en débat. ROCHER, *op. cit.* 1996, p. 11.

29. J. LAGROYE, « La légitimation », dans M. GRAWITZ et J. LECA, *Traité de science politique*, PUF, tome 1, 1985, p. 395-467.

30. ROCHER, *op. cit.*, 1996, p. 33.

symbolique se trouve dès lors tout à fait inversée. Du moins vise-t-elle moins à exprimer l'unité d'une collectivité juridique donnée, qu'à recouvrir ses divisions d'un voile unificateur.

C'est essentiellement la perspective proposée par la théorie marxiste. La force du droit y est définie par sa capacité à présenter les valeurs d'un groupe dominant pour celles de l'ensemble de la société, c'est-à-dire comme des faits « naturels ». Le droit est alors mobilisé en tant que *superstructure idéologique*[31]. Il propose une reconstruction idéaliste du monde, capable de recouvrir les différentes formes de la fracture sociale. Le discours juridique qui en découle tend ainsi à substituer à une réalité sociale conflictuelle l'idée d'un bien commun « distinct et supérieur à nos intérêts particuliers ». Ce bien commun est incarné par la neutralité et l'universalité supposées de la normativité juridique[32]. La force symbolique du droit résiderait ainsi dans l'efficacité avec laquelle il parvient à objectiver la réalité. Par extension, le droit sert de procédé de légitimation du pouvoir de l'État, une modalité par laquelle ce pouvoir devient domination[33].

La perspective marxiste est largement venue orienter, en sous-main, le champ des *Critical Legal Studies*. L'idée d'un droit défini en fonction des intérêts d'un groupe particulier et dominant — et élevée par là au rang de norme universelle — domine largement les études féministes et les travaux menés sous le thème *Ethnicity and Law* ou *Critical Race Theory*[34]. Si la question de la domination culturelle a lentement remplacé l'idée d'une stricte domination économique[35], on y dénonce toujours la force symbolique (et l'usage idéologique) du droit, en tant que vecteur de cette domination.

Pierre Bourdieu est venu renforcer la portée de cette perspective en insistant sur l'existence d'une « structure des systèmes symboliques », dont le droit proposerait la forme par excellence, ne serait-ce que parce qu'il témoigne des conditions par lesquelles cette domination se trouve intériorisée et légitimée par ceux-là mêmes qui la subissent[36]. Le droit, tout en laissant supposer la

---

31. « L'ensemble de ces rapports de production constitue la structure économique de la société, la base concrète sur laquelle s'élève une superstructure juridique et politique et à laquelle correspondent des formes de conscience sociales déterminées ». Tiré de K. MARX, *Contribution à la critique de l'économie politique*, <http://classiques.uqac.ca/classiques/Marx_karl/contribution_critique_eco_pol/critique_eco_pol.pdf> (site consulté le 9 décembre 2008). Lire également R. COTTERRELL, *The Sociology of Law: An Introduction*, London, Butterworths, 1992, p. 106-110.

32. M. MIAILLE, *Une introduction critique au droit*, Paris, FM/Fondations, 1982, p. 53.

33. ROCHER, *op. cit.*, 1996, p. 248.

34. J.-F. GAUDREAULT-DESBIENS, « La Critical Race Theory ou le droit étatique comme outil utile, mais imparfait, de changement social », *Droit et société*, n° 48, 2001/2, p. 581-612.

35. G. PETER, « *Critical Legal Studies* et la pratique juridique : la conception de la culture juridique et de la pratique du droit comme intervention culturelle », *Droit et société*, n° 36-37, 1997, p. 379-400.

36. P. BOURDIEU, « La force du droit », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 64, septembre 1986, p. 14 et 15.

préexistence d'un « consensus éthique »[37], est ainsi défini en tant que vecteur d'une forme particulière de *violence symbolique*[38]. Sa neutralité de façade serait elle-même le produit de l'activité des juristes qui œuvrent dans le champ juridique et que Bourdieu présente, pour cette raison, comme les « gardiens de l'hypocrisie collective »[39]. Si, sur un plan général, le droit participe à la construction idéologique du monde, il agit par extension comme un procédé de validation des valeurs sociales dominantes (un procédé de normalisation des conduites), toutes fonctions qui rendent compte de sa portée symbolique. Le droit devient ainsi un instrument privilégié de contrôle social. Il agit sur le registre des représentations, et apparaît d'autant plus revêtu d'universalité, de neutralité et de rationalité que le champ juridique est parvenu, sur le plan du discours comme sur le plan de l'action, à conquérir une forme d'autonomie institutionnelle et discursive[40].

- **La re-symbolisation du monde social : le droit en tant que critère de légitimation**

Quoi qu'il en soit des fondements idéalistes ou idéologiques de l'autorité juridique, l'autonomie du droit constitue sans doute, sur le plan empirique, l'expression la plus propre de sa force symbolique. Au-delà de ce que sa mise en œuvre est assortie ou non de la menace d'un recours à la contrainte, son autorité en tant que système de référence est surtout consacrée par la validation publique qui accompagne le principe de *légalité*. De sorte que la légalisation (la consécration juridique sinon la *juridicisation*) d'une pratique, d'une référence ou d'un standard fonde aujourd'hui sa légitimité publique. Une fois institué, le droit devient lui-même un facteur instituant, et propose un procédé stable d'institutionnalisation[41]. Pierre Bourdieu renvoie dans le même sens à l'effet d'homologation qui accompagne la consécration juridique d'une référence[42].

Sur le plan de sa signification symbolique, le droit, qu'il soit abordé *a contrario* comme remède à l'anarchie supposée d'un monde autrement sans foi ni loi (l'idée d'*ordre* juridique), ou comme critère de rationalité ou de justice, se constitue par à-coups, sur le plan symbolique, comme critère de légitimation sociale. Redéfini comme métaphore d'un ordre ou d'un idéal abstrait et totale-

37. *Ibid.* p. 5.

38. *Ibid.* p. 12. Sur la même question, on lira avec intérêt les travaux de M. GARCIA-VILLEGAS « L'efficacité symbolique du droit », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, vol. 34, 1995. p. 155-179. M. GARCIA-VILLEGAS, « Symbolic Power Without Symbolic Violence? », *Florida Law Review*, vol. 55, n° 2, 2003, p. 157-189.

39. J. CAILLOSSE, « Pierre Bourdieu, juris lector : anti-juridisme et science du droit », *Droit et société*, 2004/1, n° 56-57, p. 17-37 (28-29) et P. BOURDIEU, « Les juristes, gardiens de l'hypocrisie collective », dans F. CHAZEL et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ (coll. « Droit et société »), 1991, p. 95 et s.

40. J. COMMAILLE, « Présentation », *Droit et société*, n° 56-57, 2004/1 (La place du droit dans l'œuvre de Pierre Bourdieu), p. 11-15.

41. P. NOREAU, « Comment la législation est-elle possible? Objectivation et subjectivation du lien social », *Revue de droit de McGill*, vol. 47, n° 1, novembre 2001, p. 195-236.

42. BOURDIEU, *op. cit.*, p. 17.

ment institutionnalisé, le droit moderne a vocation à se signifier lui-même, à être sa propre signification (*la loi c'est la loi*)[43]. C'est le droit autoréférentiel, porteur de sa propre validité. Valant par lui-même, il contribue à fournir par voie de conséquence sa signification sociale à d'autres réalités autrement plus fugitives. C'est le sens que Weber accorde au droit en tant que vecteur de la légitimation légale-rationnelle et qu'il distingue des modalités, traditionnelle ou charismatique, de la domination[44].

Ainsi, par l'effet d'une inversion souvent observée sur le plan social, des formes de socialisation instituées donnent, par effet de retour, leur légitimité publique à d'autres formes et à d'autres représentations significatives en quête d'institutionnalisation. Abordé dans une perspective processuelle (plutôt que structurelle), le droit participe ainsi entièrement du mouvement continu par lequel un champ social génère sa propre signification et sa propre unité en homologuant, sur le plan légal-rationnel, ses propres références. Formes symbolisées (recouvertes d'une signification quasi ontologique), il devient un facteur de validation d'un monde socialement construit.

• La perspective politique sur la mobilisation étatique du droit

Le droit tire ainsi largement sa force symbolique de ce que, vis-à-vis des autres procédés de régulation sociale, il est parvenu à une certaine autonomie. Weber, bien avant Bourdieu — et Tocqueville avant lui dans l'étude qu'il propose de la nouvelle classe que forment les juristes au sein des sociétés démocratiques[45] — analyse les conséquences de la spécialisation graduelle du champ juridique, qui fait du « droit formellement rationnel » un mécanisme spécifique de l'action et de la légitimation politique[46]. Weber insiste, comme la majorité des historiens de l'État, sur la conjonction qui accompagne la montée du droit et celle de l'État moderne[47]. L'histoire du droit occidental est également celle de l'institutionnalisation juridique de l'État.

Cette conjonction est indirectement avérée par l'usage que l'État contemporain fait lui-même de la force du droit et du principe de légalité, soit comme facteur d'affirmation de sa propre légitimité, soit comme mécanisme de la gouvernance publique[48]. C'est généralement sur ce double usage qu'est fondée la

---

43. Sur l'idée de cette autonomie référentielle de l'ordre symbolique on lira : P. ZAOUI, « L'ordre symbolique, au fondement de quelle autorité », *Esprit*, mars-avril 2005, p. 223-241.

44. M. WEBER, *Économie et société*, Paris, Plon (coll. « Agora »), 1995.

45. A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique* (tomes 1 et 2), Paris, Édition M.-Th. Génin/Librairie de Médicis, 1951. Consulter également le texte de G. ROCHER, « Le droit et les juristes dans la "société libre et démocratique" selon Alexis de Tocqueville », *op. cit.*, Montréal, Thémis, 1996, p. 151-174.

46. M. WEBER, *Sociologie du droit*, Presses universitaires de France (coll. « Recherches politiques »), 1986, p. 219.

47. J. STRAYER, *Les origines médiévales de l'État moderne*, Paris, Payot (coll. « Critique de la politique »), 1979.

48. P. NOREAU, « Action publique et gouvernance contractuelle : le cas des politiques de la santé au Québec », dans P. LABORIER, P. NOREAU, M. RIOUX et G. ROCHER, *Les réformes en santé et en justice : le droit et la gouvernance*, Québec, Presses de l'université Laval, 2008, p. 203-233. Dans une perspective différente et plus critique de cette tendance à l'instrumen-

distinction entre fonctions « symbolique » et « instrumentale » du droit[49]. Défini par l'État comme instrument de l'action publique, le droit est souvent mobilisé dans une perspective téléologique, tantôt comme mécanisme de mise en œuvre d'une politique particulière[50], tantôt comme modalité de définition et de répartition du pouvoir[51]. Dans les deux cas, le droit est d'abord mobilisé pour ses vertus coercitives. C'est le recours au droit en tant que condition de mise en œuvre du monopole de la contrainte légitime de l'État.

Le recours à la force symbolique du droit est généralement envisagé par l'État en vue d'autres impératifs. Cette mobilisation vise surtout à renforcer l'adhésion des sujets de droit à un ensemble de représentations qu'on suppose (ou qu'on espère) partagées. On renvoie notamment ici aux législations visant la production d'un nouveau sens commun, sinon la consécration publique de certaines valeurs, de certaines pratiques ou de certaines identités. Ces repères servent de balise à l'établissement d'une normativité collective partagée[52]. C'est la norme juridique en tant qu'outil de promotion ou de consécration de la *normalité publique*[53]. Ce faisant, soit l'État vise l'inscription de ces valeurs ou de ces représentations dans le registre des références publiques, soit la démonstration de son adhésion à des standards socialement admis, sinon largement valorisés. Le recours au droit est alors de nature « performative ». Il agit sur le plan des représentations. La question de savoir si ces représentations renvoient à la définition d'une collectivité idéale (Arnold) ou aux valeurs d'une des minorités dominantes présentées pour naturelle (Marx et plus tard Bourdieu) reste évidemment posée. La perspective envisagée ici est principalement celle explorée par la sociologie politique du droit. On y insiste moins sur l'effet d'universalisation ou d'objectivation du droit que sur l'usage politique et stratégique que fait l'État de la référence juridique, soit pour les fins de l'action publique, soit pour les fins de la légitimation de l'État ou de la communauté politique (la Nation)[54].

---

talisation du droit, lire D. MOCKLE, « La gouvernance publique et le droit », *Les Cahiers de droit*, vol. 47, n° 1, 2006, p. 89-165.

49. J.-G. BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. 18, n° 1, 1986, p. 11-32 et M. GARCIA-VILLEGAS, « Symbolic Power without Symbolic Violence? Critical Comments on Legal Consciousness Studies in USA », *Droit et société*, n° 53, 2003/1 p. 145.

50. C'est le Net-Drive, tel qu'il est défini par K. N. LLEWELLYN, « The Normative, the Legal and the Law-job : The Problem of Juristic Method », *The Yale Law Journal*, vol. 49, June 1940, p. 1355-1400.

51. Cette distinction est également mise en évidence par V. FERRARI, « Fonction (fonctions) du droit », dans A.-J. ARNAUD (sous la direction de), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, LGDJ - Story Scientia, Paris-Bruxelles, 1988, p. 161-163.

52. Pour une exploitation détaillée de cette perspective, on lira P. NOREAU, « Et le droit, à quoi ça sert. Étude des usages étatiques et des fonctions du droit contemporain », dans P. NOREAU (dir.) *Le droit à tout faire*, Montréal, Thémis, 2008, p. 205-251.

53. C. THIBIERGE, « Au cœur de la norme : le tracé et la mesure », *Archives de philosophie du droit*, vol 51, 2008, p. 341-372.

54. Dans ce registre, on lira avec grand intérêt le texte de J. CHEVALLIER, « Droit et mémoire », dans P. NOREAU et L. ROLLAND (dir.), *Mélanges en l'honneur d'Andrée Lajoie. Le droit, une variable dépendante*, Thémis, 2008, p. 639-655.

De façon plus spéculative, on peut s'interroger sur le mouvement continu qui relie les usages symboliques ou instrumentaux du droit[55]. L'idée que les limites contemporaines de l'action publique tendent à favoriser la conduite d'une politique du symbole laisse généralement entendre que le droit n'y est plus mobilisé que pour des raisons et dans des formes « déclaratoires ». Il est plus vraisemblable que les intentions des pouvoirs publics s'inscrivent dans le recours intuitif à ces deux registres qui, bien que distincts sur le plan de l'analyse, se confondent souvent sur le plan de l'action publique.

• La perspective sociologique sur l'effectivité et l'usage symbolique du droit

Tout ce qui précède tend à présenter la force symbolique du droit comme un fait (ou un effet) de portée générale, qui trouve son sens sur le plan des rapports collectifs, c'est-à-dire sur le plan des rapports sociaux abordés dans leur globalité. On y insiste notamment, pour cette raison, sur la fonction légitimatrice du droit en tant qu'expression privilégiée de sa force symbolique.

La sociologie contemporaine tend cependant à intégrer à l'analyse des dimensions symboliques du droit les modalités et les formes qui accompagnent sa réception sociale. On s'y penche de plus en plus sur les rapports entre droit et sujet de droit. On y reconnaît que l'étude du phénomène juridique suppose qu'on se penche également sur l'action des sujets, en tant qu'elle contribue à la construction du phénomène juridique. C'est notamment le cas dans le cadre des travaux menés sur l'effectivité du droit[56]. On n'entend pas seulement par là l'étude de ce que le droit atteint — ou non — sa cible ou génère les effets qu'on attend de lui (perspective qui présuppose une conception plutôt instrumentale du droit), mais également des modalités de réappropriation, de reconstruction ou de contournement de la normativité[57]. À ce chapitre, la littérature distingue les effets immédiats et différés du droit, ses effets prévus et imprévus mais, plus encore, ses effets concrets (instrumentaux) et symboliques. On réfère particulièrement ici à la normativité juridique en tant qu'elle « suscite [des effets] non pas directement ou au niveau des conduites, des comportements, mais plutôt au niveau des représentations, des opinions, des attitudes mentales »[58].

La force symbolique du droit ne réside pas tant dans l'intention de l'État ou du Législateur d'agir sur les perceptions du sujet de droit que dans l'effet

---

55. C'est une question également posée par J.-G. BELLEY, *op. cit.* Sur le même registre, Baratta explore les fonctions instrumentales et symboliques du droit pénal. Lire A. BARATTA, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal. Pour une théorie du bien juridique », *Déviance et société*, vol. 15, n° 1, 1991, p. 1-25.

56. P. LASCOUMES, « Effectivité », dans A.-J. ARNAUD *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 1993, p. 217-219.

57. G. ROCHER, « L'effectivité du droit », dans A. LAJOIE *et al.*, *Théorie et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, p. 133-150.

58. V. DEMERS. *Le contrôle des fumeurs : une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Thémis, 1996, p. 71-72.

observable d'une norme particulière sur les représentations sociales du sujet ou sur celles de ceux qui en sont informés, lors même que cette norme ne les vise pas[59]. La force du droit ne réside pas ici dans l'atteinte d'une visée éthique ou idéologique particulière, mais dans la conséquence du droit sur les représentations personnelles et collectives des sujets de droit.

Ces effets symboliques (qui offrent, du point de vue empirique, une véritable mesure de la force symbolique du droit) sont incidemment rattachés à tout un ensemble de facteurs personnels et sociaux. La psychologie piagétienne renvoie à cette idée que le rapport à la normativité varie considérablement selon qu'elle fait l'objet d'une mesure fondée sur l'intérêt personnel (la crainte de la sanction ou la recherche d'un gain), sur une appréciation de principe (le respect de l'ordre ou des paramètres d'un certain « contrat social ») ou sur une évaluation de nature éthique (fondée en valeur)[60]. La psychosociologie s'est plus particulièrement intéressée au lien entre socialisation juridique et relation au droit[61]. La définition théorique et empirique de ce en quoi consiste le processus de socialisation est évidemment déterminante à ce chapitre. La sociologie a mis en évidence l'influence de la scolarisation sur la perception et la définition du droit[62]. La force du droit, en tant que référence symbolique, apparaît ainsi fondée sur une grande diversité de paramètres. Le droit est source de représentations sociales dans le sens où, une fois émise, la norme échappe à son auteur. Sa continuelle réinterprétation sociale et institutionnelle fait entièrement partie des conditions qui fondent sa force symbolique.

Cette perspective sur la réappropriation sociale du droit trouve un relais dans les études contemporaines sur la conscience juridique : *Legal Conscientiousness Studies*[63]. Au-delà de la mesure des effets symboliques du droit, on s'y est graduellement intéressé aux usages sociaux du droit qui, dans beaucoup de cas, sont fondés sur la force symbolique de la référence juridique : « La façon dont la loi est expérimentée et comprise par les citoyens ordinaires, leur façon d'évoquer la loi, de l'éviter ou d'y résister est une dimension essentielle de la vie du droit »[64]. Au-delà de l'effectivité du droit, on s'intéresse dès lors aux conditions de sa mobilisation sociale. On y insiste particulièrement sur les représentations et les usages qui accompagnent l'idée de « légalité » en tant que

---

59. Soit parce qu'une telle norme vise un groupe social spécifique, soit parce qu'elle vise les sujets d'un autre ordre juridique, ce qui ne signifie pas qu'elle soit sans effet symbolique ou sans force symbolique pour eux.

60. On réfère aux travaux (souvent cités mais également souvent contestés) de Kohlberg. Lire B. MUNSEY (ed.), *Moral Development, Moral Education, and Kohlberg : Basic Issues in Philosophy, Psychology, Religion, and Education*, Birmingham, (Ala), Religious Education Press, 1980, 478 pages.

61. C. KOURILSKY-AUGEVEN (dir.), *Socialisation juridique et conscience du droit. Attitudes individuelles, modèles culturels et changement social*, Paris, LGDJ, 193 pages.

62. P. NOREAU, « La scolarité, la socialisation et la conception du droit : un point de vue sociologique », *Les Cahiers de droit*, vol. 38, n° 4, décembre 1997, p. 741-768.

63. J. PÉLISSE, « A-t-on conscience du droit ? Autour des *Legal Consciousness Studies* », *Genèse*, n° 59, juin 2005, p. 114-130.

64. P. EWICK et S. S. SILBEY, « Conformity, Contestation and Resistance : An Account of Legal Consciousness », *New England Law Review*, vol. 26, n° 3, 1992, p. 731-749.

modalité d'interaction. Ici le droit est abordé comme forme particulière du lien social (*constituent of social interaction*) et comme une composante à part entière d'un système de sens[65]. Sur le plan phénoménologique, la force symbolique du droit ne tient plus dès lors au fait qu'elle fonde une représentation particulière du monde, mais inclut les pratiques qui en découlent. La force symbolique du droit comprend ici les effets du droit sur les représentations du sujet de droit, mais également les effets matériels et relationnels associés aux représentations sociales du droit[66].

Par extension, l'étude de la force symbolique du droit inclut les usages sociopolitiques de la normativité juridique de même que les conditions d'une éventuelle mobilisation politique du droit, fondée sur le recours stratégique à l'institution judiciaire, c'est-à-dire sur la revendication d'un label de *légalité* en faveur d'une norme dont la reconnaissance publique est revendiquée[67]. On constate ainsi la montée d'une mobilisation du droit, défini en tant que ressource symbolique et vecteur de revendication politique, l'État se trouvant pris au piège de ses propres procédés de légitimation. Une telle perspective ne diminue évidemment en rien le problème de l'égalité ou de l'inégalité d'accès aux ressources juridiques ou au capital symbolique que constitue l'accès au discours juridique[68], mais témoigne, en creux, de la force symbolique du droit.

• Force symbolique du droit et interdisciplinarité des études juridiques

Toute réflexion continue sur la force symbolique du droit suppose un dépassement du formalisme esthétique dans lequel s'enferme le discours juridique moderne. L'efficacité du droit y est définie comme la conséquence unilatérale d'un ordre assorti de sanction. L'analyse des conditions qui fondent la force symbolique du droit suppose au contraire l'exploration de deux dimensions laissées dans l'ombre du positivisme juridique. Elle fait d'abord voir en quoi le droit est une forme du lien social ou, du moins, révèle que le phénomène juridique est indissociable des autres formes de régulation sociale, qu'elle est une dimension de la socialisation, qu'elle relaie une partie des représentations collectives et constitue, précisément pour cette raison, une ressource sociale et politique. Sur une autre échelle, elle met par ailleurs en évidence le fait que le droit est un terme parmi d'autres, dans l'interaction plus générale des normativités sociales. Plus précisément, elle fait voir la difficulté d'étudier la normativité juridique sans référence au phénomène plus large de l'internormativité, c'est-à-dire sans référer aux liens, aux échanges, aux superpositions normatives qui accompagnent les interactions entre le champ généralement admis du droit positif et les autres sources normatives, ces échanges qui font que la distinction

65. P. EWICK et S. S. SILBEY, *The Common Place of Law : Stories from Everyday Life*, Chicago, University of Chicago Press, 1998, p. 318.

66. GARCIA-VILLEGAS, *op. cit.*, p. 145.

67. J. JENSON, « Resorting to the Law: Only on Route to Representation... », dans P. NOREAU, *Le droit à tout faire*, Montréal, Thémis, 2008, p. 157-183.

68. GAUDREAULT-DESBIENS, *op. cit.*

trop facilement établie entre droit et non-droit en vient à perdre de son évidence. Par nécessité, c'est à ces autres références que le droit renvoie toujours inévitablement. Il en tire une partie de sa signification sociale et de sa force symbolique. La notion de force symbolique du droit sonne ainsi la fin de l'idée d'un droit autoréférentiel. Par extension, elle ouvre la porte aux études interdisciplinaires en droit.

Qu'est-ce qui fait la force des normes en droit ? Est-ce toujours la sanction, la contrainte, leur caractère obligatoire ? Comment expliquer alors l'indéniable force des normes qui en sont pourtant dépourvues, la force des articles premiers de lois, des directives non transposées, des recommandations d'autorités de régulation, des lignes directrices, des directives administratives, d'avant-projets de réforme du droit des obligations, de rapports, comme le rapport Dintilhac, et autres instruments déclaratoires ?
Et parmi les normes obligatoires et sanctionnées, est-il possible de discerner diverses degrés, voire diverses natures de force, sans plus confondre force obligatoire et force contraignante ? Peut-on concevoir la force des normes en droit en un spectre qui exprime ses multiples couleurs et variations, de l'impératif à l'incitatif, de l'obligatoire à l'inspiratoire ?

C'est à ces questions essentielles pour le juriste, qu'il soit universitaire ou praticien, que ce livre apporte le kaléidoscope des réponses de cinquante-sept chercheurs, de toutes spécialités et sensibilités.
De cette recherche, à la fois solitaire et solidaire, autour d'un sujet qui intéresse tous les juristes et n'a pourtant jamais été exploré en tant que tel, il ressort un concept de force normative aussi central que celui de "source du droit". Un concept qui fournit un véritable *outil de diagnostic* de la force des normes juridiques et s'inscrit dans une *théorie ouverte du droit*, en reflet de la complexité du droit contemporain et de ses interactions avec la réalité sociale. Un concept qui témoigne qu'il n'est de droit que vivant et en mouvement.

57 auteurs

• *Préfaciers et postfaciers :* Paul Amselek, André-Jean Arnaud, Guy Canivet, Jean-Paul Costa, Mireille Delmas-Marty, Denis Mazeaud et François Terré.

• *Contributeurs :* Pierre Allorant, Auriane Audolant, Guillaume Beaussonie, Pierre Belda, Romain Boffa, Mathilde Boutonnet, François Brunet, Julien Cazala, Céline Charlotton, Pierre-Yves Charpentier, Sandrine Chassagnard-Pinet, Céline Chatelin-Ertur, Véronique Chéritat, Aline Cheynet de Beaupré, Pascale Deumier, Amanda Dezallai, Nathalie Dion, Isaak Dore, Frédérique Dreifuss-Netter, Stéphane Duroy, Fouad Eddazi, Pierre-Anne Forcadet, Émilie Gaillard-Sebileau, Alexandra Gattino, Benoît Géniaut, Cédric Groulier, Emmanuelle Jaulmeau, Gwenhaël Le Breton, Sylvie Lebreton-Derrien, Jacques Leroy, Pauline Loiseau, Thibaut Massart, Stéphanie Mauclair, Emmanuelle Mazuyer, Mustapha Mekki, Matthieu Mhamdi, Nicolas Moizard, Laurent Neyret, Émeric Nicolas, Pierre Noreau, Stéphane Onnée, Hélène Picot, Adélie Pomade, Matthieu Robineau, Pierre Serrand, Cyril Sintez, Vincent Sizaire, Catherine Vincent, Alexis Zarca.

• *Direction scientifique :* Catherine Thibierge.

Avec l'amicale participation de Yann Aguila, Soraya Amrani-Mekki, François Babinet, Caroline Bardoul, Denys de Béchillon, Philippe Brun, Loïc Cadiet, Martin Collet, Martin Emane Meyo, Catherine Haguenau-Moizard, Nicolas Haupais, Vincent Hautereau, Patrice Hoang, Patrice Jourdain, Anne-Marie Leroyer, Corinne Leveleux, Marie Malaurie, Gilles Martin, Jean-Louis Sourioux et Hayat Tabohout.

Sous l'égide du Centre de recherche juridique Pothier, de l'université d'Orléans, dirigé par Oliviera Boskovic.

Prix : 63 €
ISBN 978-2-275-03401-0

L.G.D.J
www.lextenso-editions.fr
BRUYLANT

9 782275 034010